

ROMAN GUSKI

Rechtsmissbrauch als Paradoxie

*Heidelberger
Rechtswissenschaftliche
Abhandlungen*

Mohr Siebeck

HEIDELBERGER RECHTSWISSENSCHAFTLICHE ABHANDLUNGEN

Herausgegeben
von der Juristischen Fakultät
der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Band 19



Roman Guski

Rechtsmissbrauch als Paradoxie

Negative Selbstreferenz
und widersprüchliches Handeln im Recht

Mohr Siebeck

Roman Guski, geboren 1975; Studium der Rechtswissenschaften an der Freien Universität Berlin und der Universität Robert Schuman, Straßburg; LL.M. Notre Dame Law School (USA); 2003 Zweite juristische Staatsprüfung; 2006 Promotion in Heidelberg; bis 2017 Akademischer Rat am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg; Erteilung der Lehrbefugnis für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Europarecht, Zivilprozessrecht und Rechtstheorie; 2017 Lehrstuhlvertretung an der Technischen Universität Dresden, 2017–2019 Gastprofessur an der Freien Universität Berlin; 2019/20 Lehrstuhlvertretung an der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz.
orcid.org/0000-0001-7970-9079

Habilitationsschrift, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

ISBN 978-3-16-157594-5 / eISBN 978-3-16-157595-2

DOI 10.1628/978-3-16-157595-2

ISSN 3075-1869 / eISSN 4022-2569 (Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Stempel Garamond gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Für Helene und Armin

Es gibt Ausnahmen. Kann man sie nicht erklären,
so kann man auch das Allgemeine nicht erklären.

Søren Kierkegaard

Danksagung

Die Arbeit ist im Sommersemester 2016 von der Heidelberger Juristischen Fakultät als Habilitationsschrift angenommen worden. Peter-Christian Müller-Graff danke ich für die gewährte wissenschaftliche Freiheit und die Erstbegutachtung, Stefan Geibel für das Zweitgutachten, Bernd Grzeszick für das rechtstheoretische Dritt votum. Für vielfältige Hilfe bin ich den Kolleginnen und Kollegen am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht verbunden, besonders Friedemann Kainer, Julia Lübke, Ursula Hartenstein, Katrin Doller und Michaela Meiser. Der Deutschen Forschungsgemeinschaft gebührt Dank für die Übernahme der Druckkosten.

Berlin, im Februar 2019

Roman Guski

Vorwort

Rechtsmissbrauch ist, juristisch gesehen, ein unmöglicher Begriff. Er taugt nicht zur Begründung einer Entscheidung, so wenig wie der Begriff des Rechts. Dass die Figur dennoch im Recht benutzt wird, lässt tieferliegende Probleme vermuten. Und in der Tat: Juristische Kommunikation kann die *Einheit der Differenz Recht/Unrecht* allenfalls als Selbstirritation registrieren, als provisorische Unsicherheit bei der Zuteilung des Rechtswerts. Immer muss unter Verwendung der Unterscheidung Recht/Unrecht normativ entschieden werden. Eine daran funktional nicht gebundene Analyse kann ermitteln, wann die Unterscheidung Recht/Unrecht auf die Unterscheidung Recht/Unrecht angewendet wird. Offenbar können rechtmäßige Operationen zu rechtswidrigen Ergebnissen führen. Aus dieser Perspektive führt die Figur des Rechtsmissbrauchs auf systemspezifische Antinomien zurück.

Ein Beobachter juristischer Kommunikation kann fragen, welche Unterscheidungen, Begriffe und Kriterien benutzt werden, um die Paradoxie rechtswidriger Rechtsausübung aufzulösen. Differenzierungen wie zwischen Textsinn/Normsinn, Können/Dürfen, Recht/Gesetz, höherem/einfachem Recht, formeller/materieller Rechtmäßigkeit, Recht/Moral usw. werden dann als Techniken sichtbar, mit denen das Rechtssystem Probleme negativer Selbstreferenz behandelt. Die zivilrechtliche Figur der „unzulässigen Rechtsausübung“, die auf die römische *exceptio doli* zurückgeht, ist in diesem Sinne eine paradoxe Superregel, die als *Teil* des Rechts das *ganze* Recht erfasst und hierbei mit verwerflichen Intentionen des Berechtigten (*dolus, fraus*) argumentiert – so als wären all die eindrucksvollen Konstruktionen der Rechtsdogmatik nur für jene gedacht, die ohnehin wissen, was sich gehört. In der Figur des Rechtsmissbrauchs werden hingegen Situationen sichtbar, in denen das System gegen sich selbst entscheiden muss, und das heißt: mit eigenen Begriffen gegen eigene Begriffe und selektiv gegen eigene Selektionen. Das Rechtssystem nimmt, um konsistent zu entscheiden, Inkonsistenz in Kauf. Die Frage ist: wann und warum.

Geläufige Strategien der Paradoxieauflösung sind – neben dem wichtigen Fall des Abweichens vom Gesetzestext – Externalisierungen in die Moral und hierarchisierende Rekurse auf „höheres“ Recht: Figuren wie Billigkeit, Treu und Glauben oder gute Sitten verweisen auf „rechtsethische“ Maßstäbe und auf höchste Prinzipien, die „herrschenden Rechtsvorstellungen“ entsprechen. Wie man sieht, wird die Paradoxie dadurch aber nicht aufgelöst. Einerseits

besteht das Recht seiner Selbstbeschreibung nach gerade aus „herrschenden Rechtsvorstellungen“; andererseits wirken Prinzipien, wenn sie miteinander kollidieren, eben nicht prinzipiell, sondern müssen relativiert werden. Vielfach ist daher versucht worden, das Verbot des Rechtsmissbrauchs durch Definition des subjektiven Rechts und dessen „immanenten Schranken“ als dialektische Rechts-Pflicht zu bestimmen, im christlich geprägten Naturrecht als Pflicht gegen den Nächsten und als Pflicht gegen sich selbst, im modernen Vernunftrecht als Pflicht gegen die Gemeinschaft und als Repräsentation des Gemeinwohls durch den Einzelnen. Solche hochabstrakten Prämissen haben den Sprung ins Fallgeschehen zwar selten überlebt; aus ihnen lässt sich aber der im Begriff der „Autonomie“ wurzelnde Grundgedanke herauslesen, dass man sich nicht selbstwidersprüchlich verhalten dürfe. Dies gilt nicht nur für die erwartungsbildende Konsistenz der Selbstdarstellung, sondern auch – in einem viel weiteren Sinne – für Möglichkeitsbedingungen, die jemand in Anspruch nimmt und zugleich unterläuft.

Inhaltsübersicht

Danksagung	IX
Vorwort	XI
Inhaltsverzeichnis	XVII
Teil 1: Rechtstheoretische Grundlegung	1
A. <i>Thema und These</i>	1
I. Rechtsmissbrauch als Rechtsproblem	1
II. Funktionaler Systembegriff	7
III. Paradoxie und Selbstwiderspruch	14
B. <i>Das Paradoxieproblem im Rechtssystem</i>	16
I. „Romantische Ironie“ oder Systemproblem?	16
II. Negative Selbstreferenz	19
III. Paradoxien und Antinomien	27
C. <i>Rechtsmissbrauch als Symptom für Antinomien</i>	50
I. Abstraktion und Einzelfall	51
II. Normtext und Normzweck	60
III. Freiheitsantinomie und subjektive Rechte	81
IV. Können vs. Dürfen: Repräsentationsbefugnisse	95
V. Rechtswidrige Verfahrenswirkungen	101
VI. Zwischenfazit	108
D. <i>Typologie der Aufhebungsstrategien</i>	110
I. Externalisierung der Paradoxie	111
II. Rechtsinterne Behandlungstechniken	115
III. Doppelfunktion negativer Selbstreferenz	159
E. <i>Zusammenfassung</i>	164
Teil 2: Rechtsmissbrauch im Privatrecht	169
A. <i>Problemstellung und These</i>	169
I. Wiedereintritt der Unterscheidung Recht/Unrecht in sich selbst	171
II. Individuelle Rücksichtnahme vs. Institutsmissbrauch?	174

III. Rechtsmissbrauch als Selbstwiderspruch	176
<i>B. Ansätze im römischen Recht</i>	177
I. Fallbezogene Ausnahmeregeln	177
II. Konkretisierungen des <i>dolus</i>	178
III. Zwischenfazit	185
<i>C. Rechtsmissbrauch im geltenden Recht</i>	186
I. Normativer Rahmen	186
II. Die „unzulässige Rechtsausübung“	203
III. Institutswidriger Institutsgebrauch	265
IV. Gesetzesumgehung durch paradoxe Gestaltung	300
<i>D. Ergebnisse</i>	321
I. Systemschutz und negative Selbstreferenz	322
II. Autonomie als heteronomer Maßstab	325
 Teil 3: Rechtsmissbrauch im Unionsrecht	 327
<i>A. Problembeschreibung</i>	327
I. Eine mysteriöse Figur	327
II. Konfliktdimensionen	330
III. Zur Methode	335
<i>B. Rechtsmissbrauch durch Grenzübertritt</i>	337
I. Warenverkehr	337
II. Dienstleistungsverkehr	351
III. Niederlassungsverkehr	379
IV. Arbeitnehmerfreizügigkeit	414
V. Unionsbürgerschaft und Freizügigkeit	419
<i>C. Rechtsmissbrauch jenseits transnationaler Freiheitsrechte</i>	427
I. Rechtsmissbrauch im Verfahrensrecht	427
II. Rechtswidrige Rechtsausübung gemäß Art. 36 Satz 2 AEUV	446
<i>D. Probleme der bisherigen Rechtsmissbrauchskriterien</i>	463
I. Allgemeines	463
II. Normative Kriterien	471
<i>E. Systemimmanente Problemstrukturen</i>	503
I. Rechtsmissbrauch als Antinomiesymptom	503
II. Einheit in Vielheit	504
III. Privatautonomie und Gemeinwohl	528
IV. Selektionsprobleme des Tatbestands	538
V. Zwischenergebnis	544
<i>F. Rechtsmissbrauch als Selbstwiderspruch</i>	546
I. Doppelte negative Selbstreferenz	546

II. Typen paradoxer Selbstgestaltung	557
G. Zusammenfassung	580
Teil 4: Missbrauch der Wettbewerbsfreiheit	585
A. Systematischer Zusammenhang	585
I. Rechtsmissbrauch und Marktmachtmissbrauch	585
II. Privatautonomie im Marktordnungsrecht	588
III. Eingrenzung und Analyseschritte	591
B. Machtmissbrauch als Gegenstand des Marktordnungsrechts	594
I. Die Freiheitsantinomie im Wettbewerb	594
II. Endogene Gefahr der Systemsabotage	603
III. Methodologische Konsequenzen	618
C. Dogmatische Folgeprobleme der Missbrauchskontrolle	626
I. Normative Prämissen	626
II. Referenzen der Missbrauchskontrolle	634
D. Machtmissbrauch als negative Selbstreferenz	647
I. Möglichkeitsbedingungen und Selbstexemption	648
II. Exemplifizierung anhand typischer Behinderungsstrategien	659
III. Das Problem des Ausbeutungsmisbrauchs	691
E. Zusammenfassung	701
Teil 5: Ergebnisse in Thesen	703
Literaturverzeichnis	709
Sachverzeichnis	745

Inhaltsverzeichnis

Danksagung	IX
Vorwort	XI
Inhaltsübersicht	XIII
Teil 1: Rechtstheoretische Grundlegung	1
<i>A. Thema und These</i>	1
I. Rechtsmissbrauch als Rechtsproblem	1
II. Funktionaler Systembegriff	7
III. Paradoxie und Selbstwiderspruch	14
<i>B. Das Paradoxieproblem im Rechtssystem</i>	16
I. „Romantische Ironie“ oder Systemproblem?	16
II. Negative Selbstreferenz	19
1. Selbstreferenz als Systemproblem	19
2. Negative Selbstreferenz im System	24
III. Paradoxien und Antinomien	27
1. Begriffsdimensionen	27
a) Einheit als Differenz	28
b) Antinomie als normative Paradoxie	36
c) Aufhebung durch Differenzierung	40
2. Bedeutung in rechtlichen Grundformen	42
a) Recht als Unrecht: Ambivalenzen	42
b) Souveränität und Autonomie	46
<i>C. Rechtsmissbrauch als Symptom für Antinomien</i>	50
I. Abstraktion und Einzelfall	51
1. Recht vs. Billigkeit?	52
2. Selektionsprobleme: Einschluss als Ausschluss	55
3. Fortsetzung des Problems im Zuständigkeitskonflikt	58
II. Normtext und Normzweck	60
1. Problemstellung	60
2. Textsinn und Normsinn	63
a) Auslegungszusammenhang	65
b) Die Gesetzesumgehung	71

3. Unbestimmtheit und Soritesproblem	76
III. Freiheitsantinomie und subjektive Rechte	81
1. Subjektives und objektives Recht als Bedingungsverhältnis	81
2. Dispositionsbefugnis und Legitimationsüberschuss	87
3. Freiheitsantinomie im Wettbewerb: Missbrauch von Marktmacht	92
IV. Können vs. Dürfen: Repräsentationsbefugnisse	95
1. Repräsentationsbefugnis als Unrechtsgrund	95
2. Interessenwidrige Interessenbestimmung	99
V. Rechtswidrige Verfahrenswirkungen	101
1. Die Differenz materiell/prozessual	101
2. Durchbrechungen aus Rechtsgründen	103
a) Titelerbschleichung: „Recht gewordenes Unrecht“	104
b) Aussichtslose Klagen und verfahrensfremde Zwecke	105
VI. Zwischenfazit	108
D. Typologie der Aufhebungsstrategien	110
I. Externalisierung der Paradoxie	111
1. Rückgriffe auf Moral	111
2. Re-entry ins Recht	113
II. Rechtsinterne Behandlungstechniken	115
1. Positive und negative Gradation	115
a) Höheres Recht im Recht	115
b) Gesteigerte Rechtswidrigkeit, „befangenes“ Unrecht und subjektives Element	118
2. Ausnahme als Regel: Redundanzdurchbrechungen	122
a) Generalklauseln als Selbstkorrektur des Systems	122
b) Re-Selektion: Einzelfallumstände – aber welche?	125
3. Recht als Pflicht: Paradoxie und Selbstkonsistenz	132
a) Usus und abusus	133
b) Pflichtrecht und Selbstexemption	136
c) Performative Selbstwidersprüche	145
4. Rechtsinstitute als selbstreferentieller Rechtsmaßstab	149
a) Institute und Funktionen	149
b) Möglichkeitsbedingungen	154
c) Beispiel Grundrechtsmissbrauch	157
III. Doppelfunktion negativer Selbstreferenz	159
1. Normative Bedeutungsebenen	159
2. Immanenter Metamaßstab	161
E. Zusammenfassung	164
Teil 2: Rechtsmissbrauch im Privatrecht	169
A. Problemstellung und These	169
I. Wiedereintritt der Unterscheidung Recht/Unrecht in sich selbst	171

II. Individuelle Rücksichtnahme vs. Institutsmissbrauch?	174
III. Rechtsmissbrauch als Selbstwiderspruch	176
<i>B. Ansätze im römischen Recht</i>	177
I. Fallbezogene Ausnahmeregeln	177
II. Konkretisierungen des <i>dolus</i>	178
1. Aliud agere aliud simulare	180
2. Widersprüchliches Verhalten	181
3. Text vs. Zweck: <i>fraus legi facta</i>	183
III. Zwischenfazit	185
<i>C. Rechtsmissbrauch im geltenden Recht</i>	186
I. Normativer Rahmen	186
1. Einzelregelungen	186
a) Rechtswidriges Vorverhalten und Verwirkung	187
b) Rückforderungsausschluss	189
c) Selbstschädigung und Folgenabwälzung	191
d) Vertragsvollzug ohne Geschäftsgrundlage	194
e) Unverhältnismäßigkeit und mangelndes Interesse	195
2. Die Generalklauseln	199
a) Rechtswidrige Rechtsausübung	199
b) Prozedurale Regelbildung	201
II. Die „unzulässige Rechtsausübung“	203
1. Vorbemerkung: Paradoxie und Selbstwiderspruch	203
2. Eigener Rechtsbruch und Verwirkung durch Rechtsuntreue	207
a) Rechtswidrig erlangte Rechtsvorteile	207
b) Eigene Vertragsuntreue	210
c) Eigene Rechtsuntreue (<i>tu quoque, unclean hands</i>)	212
3. <i>Venire contra factum proprium</i>	214
a) Abgrenzungsprobleme: Rechtsgeschäftslehre und Vertrauenshaftung	216
b) Enttäuschen von Kontinuitätserwartungen	219
c) Formunwirksame Rechtsgeschäfte	223
d) Selbstwiderspruch ohne Vertrauensschutz	230
4. Zweckambivalenzen	233
a) Subjektivität der Problematik	233
b) Widersprüchliche Zweckverfolgung	236
aa) Zweck vs. Zweck	237
bb) Kostenersatz- und Belastungsinteresse	239
cc) Folgerungen	245
5. Mangelndes Interesse und Schikane	246
a) Problemstruktur	246
b) <i>Dolo facit</i> : Anspruch ohne Anspruch	249
c) Nicht verfolgtes Interesse	252
aa) Tautologieprobleme	252

bb) Widersprüchliche Rechtfertigung	253
cc) Unnötige Alternative: mangelnde Erforderlichkeit	254
dd) Nichtnutzung angemeldeter Schutzrechte	256
d) Unangemessenheit	257
aa) Folgenabwägung und (Re-)Selektion	258
bb) Selbstwidersprüchliche Rechtsdurchsetzung	261
(1) Vertragliche Schranken vertraglicher Rechte	261
(2) Gefährdung sozialer Beziehungen	264
III. Institutswidriger Institutsgebrauch	265
1. Bedeutungszusammenhang	265
a) „Institutionelles“ Argumentieren als Systemproblem	265
b) Selbstexemption als Metakriterium	269
2. Vertragsmissbrauch im Vertragsverhältnis	271
a) Der Gegensatz im Vertragsbegriff	271
b) Manipuliertes Wollen	273
c) Ausbeutung und marktwidrige Konditionen	275
d) Haftungsausschluss	277
e) Vertragsgefährdende AGB	279
3. Vertragsmissbrauch aufgrund von Drittwirkungen	281
a) Verleitung zum Vertragsbruch	281
b) Gefährdung außervertraglicher Bedingungen	283
4. Selbstwiderspruch als Haftungskriterium	284
a) Selbstexemption	284
b) Missbrauch von Expertise	286
c) Haftungsveritelung	290
d) Missbrauch der Haftungsbeschränkung	293
aa) Gesellschaft als Subjekt: abhängige Unabhängigkeit	294
bb) Vermögenstrennung und -aufhebung	297
IV. Gesetzesumgehung durch paradoxe Gestaltung	300
1. Negative Selbstreferenz	300
a) Überblick	300
b) Paradoxie und Selbstwiderspruch	302
c) Simulation und „wirtschaftliche Betrachtungsweise“	306
d) Wille als <i>black box</i> : Ambivalenz und Entfaltung	308
2. Widersprüchliche Gestaltungen	310
a) Kontradiktorische <i>causa</i>	310
aa) Gewollter und zugleich nichtgewollter Typus	311
bb) Verdeckte Gewinnausschüttungen	313
b) Aufpaltung einer Einheit	314
aa) Schwellenwerte	314
bb) Kettenverträge	315
cc) Wertaufteilungen	317
dd) Verbundene Geschäfte	318
ee) Strohleute	318

c) Gegenläufige Handlungsvektoren	319
3. Fazit	321
<i>D. Ergebnisse</i>	321
I. Systemschutz und negative Selbstreferenz	322
II. Autonomie als heteronomer Maßstab	325
 Teil 3: Rechtsmissbrauch im Unionsrecht	 327
<i>A. Problembeschreibung</i>	327
I. Eine mysteriöse Figur	327
II. Konfliktdimensionen	330
1. Gesetzesumgehung durch Grundfreiheiten	330
2. Gestaltungsmissbrauch im Sekundärrecht	333
3. Missbräuchliche Handelsbeschränkungen	334
III. Zur Methode	335
<i>B. Rechtsmissbrauch durch Grenzübertritt</i>	337
I. Warenverkehr	337
1. Problemstellung	337
2. Vertriebsregeln	338
a) Buchpreisbindung	338
b) Getränkeregulierung	339
c) Arzneimittel	340
3. Währungsausgleich und Ausfuhrvergünstigungen	341
a) Kontext	341
b) Fallmaterial	341
4. Einfuhrkontingente	348
5. Mehrwertsteuer-Karusselle	349
II. Dienstleistungsverkehr	351
1. Abgrenzungsprobleme	351
2. Rundfunksendungen	353
a) Entwicklung der Rechtsprechung	354
b) Teilharmonisierung und Umgehung	356
3. Tätigkeitsqualifikationen	358
a) <i>Van Binsbergen</i> und Folgejudikate	359
b) Umgehung von Tätigkeitsbedingungen	363
4. Seetransporte	365
5. Arbeitnehmer-Entsendung	368
a) Problemrahmen	368
b) Missbrauchsprobleme	370
6. Indirekte Steuern und Gestaltungsmissbrauch	372
a) <i>Halifax</i> und Folgeentscheidungen	373
b) Missbrauchskriterien	377
III. Niederlassungsverkehr	379

1. Begriffsprobleme	379
a) Niederlassung oder Dienstleistung	379
b) Formelle und materielle Niederlassung	382
2. Verbandsrecht	386
a) Rechtsformwahl und Sitzverlegung	386
b) Rezeption und offene Fragen	389
3. Insolvenzrecht	390
a) Besonderer Insolvenzgerichtsstand	390
b) Sitzverlegung zwecks Liquidation	391
4. Direkte Steuern	392
a) Problemrahmen	392
aa) Territorialitätsprinzip und Gestaltungsfreiheit	392
bb) Sekundärrechtliche Missbrauchsvorbehalte	396
cc) Fallgruppen: Überblick	398
b) Grenzüberschreitende Sitzverlegung	399
c) Transnationale Gesellschaftsverbindungen	400
aa) Provisorische Vehikel	400
bb) Hinzurechnungsbesteuerung und Zwischengesellschaften	402
cc) Grenzüberschreitende Verlustverrechnung	405
dd) Konzerninterne Zuwendungen	407
d) Zwischenfazit	410
5. Funktionen der Missbrauchsfigur	412
a) Abgrenzung zwischen Niederlassung und Dienstleistung	412
b) Verschiedene Niederlassungsbegriffe	413
c) Schutzwirkung vs. Tatbestand	413
IV. Arbeitnehmerfreizügigkeit	414
1. Arbeit und Beschäftigungssuche	414
2. Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen	418
V. Unionsbürgerschaft und Freizügigkeit	419
1. Originäres Aufenthaltsrecht und Sozialleistungen	419
2. Mobilität und derivatives Aufenthaltsrecht	422
a) Wegzug zwecks Rückzugs	423
b) Rechtsförmige Lebenspartnerschaften	424
3. Zwischenfazit	426
C. <i>Rechtsmissbrauch jenseits transnationaler Freiheitsrechte</i>	427
I. Rechtsmissbrauch im Verfahrensrecht	427
1. Anfechtung von Kapitalerhöhungen	427
a) Problemstellung	427
b) Entscheidungslinien	428
2. Internationale Zuständigkeitsregeln	431
a) Systematischer Kontext	431
b) Missbräuchliche Zuständigkeitsbegründungen	432
aa) Verbundene Klagen	434

bb) „Torpedo“-Klagen	438
c) Funktionen der Missbrauchsfigur	442
aa) Verfahrensimmanente Ungewissheit	442
bb) Äquivalenz divergierender Rechtsstandards	444
cc) Zwischenfazit	444
II. Rechtswidrige Rechtsausübung gemäß Art. 36 Satz 2 AEUV	446
1. Verdeckte Zweckverfolgung	448
a) Vertragswidriger Protektionismus	448
b) Zweckverfolgung und Kohärenz	449
c) Exkurs: Ermessensmissbrauch (Art. 263 Abs. 2 AEUV)	454
2. Missbrauch von Immaterialgüterrechten	456
a) Relativierung des Rechtsschutzes	456
b) Verkehrsblockade nach Verkehrseröffnung	457
3. Zwischenfazit	462
<i>D. Probleme der bisherigen Rechtsmissbrauchskriterien</i>	<i>463</i>
I. Allgemeines	463
1. Systembezug der Missbrauchsfigur	463
2. Entwicklungslinien	467
II. Normative Kriterien	471
1. Teleologische Argumente	471
a) Normtext und Normzweck	472
b) „Umgehung“ als Verlegenheitsformel	477
c) Rechtfertigungs- oder Tatbestandslösung	479
2. Verhaltensbezogene Elemente	483
a) Täuschungen	483
b) Scheingeschäfte	485
c) „Künstliche Konstruktionen“	491
aa) Form und Substanz	492
bb) Selbstreferentialität	496
d) Subjektiver Vorwurf	498
3. Zwischenfazit	502
<i>E. Systemimmanente Problemstrukturen</i>	<i>503</i>
I. Rechtsmissbrauch als Antinomiesymptom	503
II. Einheit in Vielheit	504
1. Phänomenologie der Antinomie	505
a) Allgemeines	505
b) „Unvollkommener“ Binnenmarkt	508
c) Souveränität und Supranationalität	513
2. Dogmatische Folgeprobleme	518
a) Herkunfts- und Bestimmungslandprinzip	518
b) Grenzüberschreitender Bezug	523
c) Begriff der Beschränkung	525
III. Privatautonomie und Gemeinwohl	528

1. Konditionaler Gegensatz	529
2. Grundfreiheiten als Zwecksetzungsbefugnisse	530
a) Autonome Entfaltung im Integrationsraum	530
b) Subjektivität des Marktzugangsinteresses	533
IV. Selektionsprobleme des Tatbestands	538
1. Revision tatbestandlicher Selektion	539
2. Sorites-Problem der „Substanz“	542
V. Zwischenergebnis	544
F. <i>Rechtsmissbrauch als Selbstwiderspruch</i>	546
I. Doppelte negative Selbstreferenz	546
1. Negative Selbstreferenz der Rechtsfindung	546
2. Negative Selbstreferenz der Rechtsausübung	549
a) Teleologie und Autologie	549
b) Selbstreferenz und Fremdreferenz	552
c) Grundform: Einheit als Differenz	553
II. Typen paradoxer Selbstgestaltung	557
1. Täuschungen	557
2. Marktzugang ohne Marktzugang	558
a) Grenzüberschreitendes Hin und Her	559
b) Niederlassung ohne Niederlassung	561
c) Funktionslose Rechtsträger	564
3. Sich selbst dementierende Rechtsgestaltungen	567
a) Gegenläufige Gestaltungen	567
b) Identität als Nichtidentität	570
c) Rationale Irrationalität: marktunübliche Bedingungen und gesplante <i>causa</i>	572
4. Rechtsmissbrauch als Zweckwiderspruch	576
a) Widersprüchliche Zwecksetzungen	576
b) Binnenmarktwidrige Schutzrechtsausübung	579
G. <i>Zusammenfassung</i>	580
 Teil 4: Missbrauch der Wettbewerbsfreiheit	 585
A. <i>Systematischer Zusammenhang</i>	585
I. Rechtsmissbrauch und Marktmissbrauch	585
II. Privatautonomie im Marktordnungsrecht	588
III. Eingrenzung und Analyseschritte	591
B. <i>Machtmissbrauch als Gegenstand des Marktordnungsrechts</i>	594
I. Die Freiheitsantinomie im Wettbewerb	594
1. Autonomie als Ordnungsproblem	594
2. Disziplinierung und Legitimation durch Wettbewerb	598
II. Endogene Gefahr der Systemsabotage	603

1. Marktmacht als Freiheitsüberschuss	603
a) Unabhängigkeit im Wettbewerb	604
b) Negative Funktion der Missbrauchsausnahme	609
2. Selbst- und Fremdreferenz	610
a) Selbstreferenzprobleme marktwirtschaftlicher Prozesse	611
b) Selbst- und Fremdreferenz im Beschränkungsrecht	615
III. Methodologische Konsequenzen	618
1. Ungewissheit und Komplexität	618
2. Maß- und Gradfragen	620
3. Unbestimmtheit des Missbrauchsbegriffs	623
<i>C. Dogmatische Folgeprobleme der Missbrauchskontrolle</i>	626
I. Normative Prämissen	626
1. Marktmacht als „Verantwortung“	626
2. „Leistungs-“ statt Verdrängungswettbewerb	630
3. Horizontale und vertikale Schutzrichtung	632
II. Referenzen der Missbrauchskontrolle	634
1. Wettbewerb als Maßstab für Wettbewerb	634
a) Das Problem des Referenzzirkels	634
b) Analoge Anwendung des Wettbewerbs	635
2. Methodische Umsetzungen	637
a) Als-ob-Wettbewerb und Vergleichsmarktmethode	637
b) Effizienzvergleich (<i>As-efficient-competitor-Test</i>)	642
c) Preiskontrolle durch Kostenreferenz	645
<i>D. Machtmissbrauch als negative Selbstreferenz</i>	647
I. Möglichkeitsbedingungen und Selbstexemption	648
1. Das Missbrauchsverbot als Systemschutz	648
2. Selbstexemption des Marktbeherrschers	650
a) Möglichkeitsbedingungen als systemimmanente Referenz	650
b) Rationale Irrationalität der Selbstexemption	654
3. Bedeutung für die Auslegung der Missbrauchs begriffs	657
II. Exemplifizierung anhand typischer Behinderungsstrategien	659
1. Untereinstandspreise	659
a) Problemstellung	659
b) Selbstkosten als Referenzproblem	662
c) Die gegenläufige Form der Strategie	665
2. Vertragsverweigerungen	666
a) Problembeschreibung	666
b) Vertragsgeneigntheit und Wettbewerbsvermeidung	668
3. Kosten-Preis-Scheren	673
a) Marktübergreifende Hebelwirkung	673
b) Negative Selbstreferenz der Gestaltung	676
4. Bezugsbindungen	677
a) Ausschließlichkeitsbindungen und Treuerabatte	677

b) Versandung des Wettbewerbsmechanismus	680
5. Konditionendifferenzierung	684
a) Differenzierung als ambivalentes Phänomen	684
b) Wettbewerbsgefährdung durch Diskriminierungen	686
6. Zwischenbilanz: Systemschutz, Selbstexemption und Selbstreferenz	690
III. Das Problem des Ausbeutungsmissbrauchs	691
1. Das antinomiebedingte Dilemma der Preiskontrolle	691
2. Unfreie Freiheit: Verträge als Zwangsmittel	694
3. Autonomie als Maßstab für Autonomie	696
a) Negative Selbstreferenz	696
b) Das Verhältnis von Preis und Kosten	699
<i>E. Zusammenfassung</i>	701
 Teil 5: Ergebnisse in Thesen	 703
 Literaturverzeichnis	 709
Sachverzeichnis	745

Teil 1

Rechtstheoretische Grundlegung

Um recht zu tun in der Welt, braucht man nur sehr wenig
zu wissen, allein um mit Sicherheit unrecht tun zu können,
muß man die Rechte studieren.

Georg Christoph Lichtenberg

Am Problem des Rechtsmißbrauchs macht sich die
Paradoxie der Identität der Differenz im System wieder
bemerkbar und läßt ahnen, daß alle Ausschließung, alle
Entfaltung, alle Auflösung der Ursprungsparadoxie nur
Selbsttäuschung war.

Niklas Luhmann

A. Thema und These

I. Rechtsmissbrauch als Rechtsproblem

Will man ein Problem analysieren, so ist es hilfreich, zunächst das Problem zu bezeichnen. Bei der Figur des Rechtsmissbrauchs ist allerdings schon die Bezeichnung des Problems ein Problem. Offensichtlich handelt es sich um einen Rechtsbegriff, denn er wird in juristischer Kommunikation verwendet, um Entscheidungen zu begründen oder zu beanstanden. Ebenso offensichtlich fehlt dem Begriff allerdings jede subsumtionstaugliche Information.¹ Wie der Begriff des Rechts taugt der Begriff des Rechtsmissbrauchs nicht zur Begründung einer Entscheidung. So wenig sich ein Anspruch damit rechtfertigen lässt, dass er rechtmäßig bestehe, kann er mit dem Argument versagt werden, dass er rechtsmissbräuchlich – oder schikanös, unzulässig, sittenwidrig, treuwidrig, unangemessen, unzumutbar, kurz: *rechtswidrig* – geltend gemacht

¹ Ein vielbehandeltes Problem aller Generalklauseln, siehe vorläufig nur *Wietbölder*, *Kritische Justiz* 1970, 121, 133; *Sieker*, *Umgebungsgeschäfte*, 2001, 17; *Auer*, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterrecht*, 2005, 59; *Gentili*, *Abuso del diritto*, *IANUS* 2009, 2, 22; grundsätzlich bereits *Wieacker*, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des §242 BGB*, 1956, 13; ferner *Rüdy*, *Der Rechtsmißbrauch*, 1934, 67, mit der (für seine Zeit symptomatischen) Formulierung, erst der „Verzicht auf Definition“ weise den „Weg ins Fruchtbare“; zur drohenden Entwertung der Generalklauseln gerade durch deren notwendige Konkretisierung *AltKommBGB/Teubner*, §242 Rn. 5.

werde.² Hier wie dort ist die Tautologie mit Hilfe weiterer Unterscheidungen aufzulösen oder, wie Logiker sagen, zu „entfalten“.³ Wenn etwas mit dem Etikett „Rechtsmissbrauch“ versehen wird, weiß man allenfalls: Es soll um rechtswidriges Verhalten gehen. Und die Schwierigkeit, die wissenschaftliches Interesse weckt, liegt offenbar darin, dass derjenige, der im Unrecht ist, das Recht auf seiner Seite hat.

Rechtsmissbrauch ist eine Paradoxie: Die Unterscheidung Recht/Unrecht kommt in sich selbst noch einmal vor. Die Frage ist, wann aus rechtlicher Sicht der Einsatz von Recht nicht Recht ist, sondern Unrecht. Obwohl vermutlich bekannt, seit es Recht gibt, ist das Problem des Rechtsmissbrauchs bis heute in der Rechtswissenschaft nicht als Paradoxieproblem rekonstruiert worden. Man hat daher auch nicht versucht, Probleme negativer Selbstreferenz im Rechtssystem zu analysieren – das heißt: rechtsspezifische Antinomien in den Blick zu nehmen und zu rekonstruieren, welche normativen Begründungsmuster und Unterscheidungen bei der Behandlung solcher Antinomien sachübergreifend eine Rolle spielen, wenn Recht als Unrecht auftritt. Es überschreitet, so ist zu vermuten, die funktionalen Grenzen juristischer Kommunikation, nach Gründen für solche „omissions“⁴ zu fragen. Denn der juristische Systembegriff, der Rechtskonsistenz voraussetzt, also äußere und innere Widerspruchsfreiheit⁵, droht an Antinomien des Rechts und insbesondere an der Paradoxie rechtswidriger Rechtsausübung im doppelten Wortsinne „zu Grunde“ zu gehen: Würden Juristen die Einheit der Differenz Recht/Unrecht reflektieren, so wäre es um die Möglichkeitsbedingungen juristischer Arbeit geschehen. Weitere Operationen wären blockiert, da die Unterschei-

² Anders z. B. Staudinger/*J. Schmidt*, 12. Aufl. 1983, §242 BGB Rn.141 ff., 149, 154, 168; treffend dagegen schon *Radbruch*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1. Aufl. 1914, 39: „Auch der Rechtsbegriff bezeichnet einerseits kein Wertgebilde, weil gerechtes und ungerechtes Recht ungesondert in ihn eingehen, andererseits aber noch weniger eine Naturtatsache, weil er nur im Hinblick auf einen Wert, auf den spezifischen Rechtswert, auf die Gerechtigkeit gebildet werden kann. (...) Recht ist der gelungene oder auch mißlungene Versuch, richtiges Recht zu sein.“

³ Vgl. *Löfgren*, International Journal of General Systems 4 (1978), 243 ff.; *ders.*, Unfoldment of Self-Reference in Logic and Computer Science, Proceedings of the 5th Scandinavian Logic Symposium 1979; *Lubmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 124 f., 182 f.

⁴ Im Sinne von *Derrida*, Marges de la philosophie, 1972, 53.

⁵ Und schon die Differenz äußeres/inneres System zeigt das Paradoxieproblem negativer Selbstreferenz im juristischen Systembegriff an, das sich mit Hilfe der Unterscheidung außen/innen auflösen und zugleich invisibilisieren lässt. Zum privatrechtlichen, aber auch darüber hinaus heute gebräuchlichen „System“-Begriff klassisch *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, XXXIV ff. und 262 ff.; *Puchta*, Cursus der Institutionen, 2. Aufl. 1845, 49 f.; *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935; *Coing*, Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 1985, 120; *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, §56 I, 451; *Schwacke*, Juristische Methodik, Stuttgart, 5. Aufl. 2011, 7; für das öffentliche Recht *Jarass*, Die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als verfassungsrechtliche Vorgabe, AöR 126 (2001), 588 ff.; zur Systembedingung der Widerspruchsfreiheit auch in Ausnahmesituationen *Joerden*, Logik im Recht, 2. Aufl. 2010, 163 ff.

dung Recht/Unrecht, mit der die Welt aus der Sicht des Rechts beobachtet wird, nicht mehr zum Unterscheiden taugte. Wissenschaftliche Beobachtung kann es sich dagegen leisten, Antinomien und Paradoxien in ihrem Blickfeld zuzulassen.⁶

Manche Autoren stolpern über die Paradoxie des Rechtsmissbrauchs, wie *Planiol* mit dem berühmten Satz: „*Le droit cesse où l'abus commence.*“ Hier wird die Negation des Rechts im Recht kurzerhand verdrängt, „*par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être à la fois conforme au droit et contraire au droit*“⁷. „Unabweislich“ ist die Paradoxie rechtswidriger Rechtsausübung jedoch nur aus der Perspektive einer Kommunikation, die selbst mit der Unterscheidung Recht/Unrecht beobachtet – also aus der Sicht des Rechtssystems. In der juristischen Literatur wird das Problem deshalb konsequent schon als Problem verneint: Rechtsmissbrauch sei Widerspruch in sich⁸, *contradictoire dans les termes*⁹, *vero controsenso*¹⁰, *self-contradictory*¹¹, *illogical*¹², *abus de mot*¹³, *logomachie*¹⁴, *inutile*¹⁵ – kurz: ein Ding der Unmöglichkeit.¹⁶ Offenbar besteht ein logisches oder wenigstens begriffliches

⁶ Es dürfte überflüssig sein hervorzuheben, dass auch wissenschaftliche Beobachtung nicht von der Einheit des Beobachtungsschemas wahr/unwahr ausgehen kann. Dies schließt allerdings nicht aus, sondern impliziert vielmehr, dass die selbstreflexive Einsicht in die „Relativität“ von Wahrheitsansprüchen zu Kontroversen und Theorielagern führen, gegebenenfalls sogar über den Wissenschaftsbegriff selbst – so wie in juristischer Kommunikation über den Rechtsbegriff gestritten wird.

⁷ *Planiol/Ripert*, *Traité élémentaire de droit civil*, Bd. 2, 11. Aufl. 1931, 312 f.; ebenso *Ripert*, *Revue Critique du Droit International Privé* 1929, 29; ähnlich *G. Durry*, note sous Cass 3e civ., 27 mars 1969 et Cass. 2e civ., 4. 1. 1968, *RDT civ.* 1972, 398; siehe auch die ratlose Formulierung bei *Siebert*, *Verwirkung und unzulässige Rechtsausübung*, 1934, 83 („Wie kann die Ausübung eines Rechts, die doch begrifflich Rechtsverwirklichung darstellt, zugleich etwas Unzulässiges, ein Rechtsmissbrauch sein?“); ebenso *de Boor*, *AcP* 141 (1935), 265, 266 f.; vgl. zum aus Rechtsgründen nicht durchsetzbaren Recht die metaphorische Bezeichnung der Paradoxie als „hölzernes Eisen“ *Larenz*, *BGB Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 1989, 237; weiterhin zu Irritationen, die das Paradoxieproblem in der juristischen Literatur auflöst, die Nachweise in Fn. 53–61.

⁸ *Martin*, *Zeitschrift für schweizerisches Recht* 25 (1906), 21, 34.

⁹ *Villey*, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 1962, 162.

¹⁰ *Rotondi*, *L'abuso di diritto*, in: *Rivista di diritto civile* 1923, 431.

¹¹ *Taruffo*, *General Report*, in: dies. (Hrsg.), *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness* (1999), 3, 12, im Kontext des Prozessrechts; *Cueto-Rua*, *Louisiana Law Review* 35 (1975), 965, 974.

¹² *Snell*, in: de la Feria/Vogenaier (Hrsg.), *Prohibition of Abuse of EU Law*, 2011, 219, 230.

¹³ *Dupuis*, *Règles générales du droit de la paix*, 1931, 92.

¹⁴ *Duguit*, *Traité du droit constitutionnel*, Bd. 1, 1928, 176.

¹⁵ *Roulet*, *Le caractère artificiel de la théorie de l'abus de droit en droit international public*, 1958, 149 f.

¹⁶ Die Formulierung von *Planiol/Ripert* (Fn. 7) ist oft als „Definition“ missverstanden worden, obwohl sie einen eigenständigen Sinn der Missbrauchsfigur gerade bestreitet. Bezeichnend ist freilich die a. a. O. folgende Analyse insoweit, als sie Rechtsmissbrauch zugleich verneint und bejaht (es folgen a. a. O. 315 ff. eingehende Erörterungen zu *actes abusifs*).

Problem: Aus der binären Perspektive juristischen Recht/Unrecht-Denkens wird die Paradoxie Recht als Unrecht verdrängt – und dies, obwohl sie auftritt und im Recht als Rechtsfrage mit Hilfe von (beobachtbaren) Differenzierungen behandelt wird. Solche Differenzierungen oder „Entfaltungen“ sind aus der funktionspezifischen Sicht juristischer Kommunikation gewiss notwendig; sie verstellen aber den Blick auf die eigentliche Frage, nämlich wann das Rechtssystem die Notwendigkeit registriert, sich über sich selbst hinwegzusetzen, und wie dies dann geschieht. Es ist kein Zufall, dass die, soweit ersichtlich, einzige wissenschaftliche Analyse, die diesen Zusammenhang klar benannt hat, keine juristische, sondern eine systemsoziologische ist, die das Problem des Rechtsmissbrauchs beschreibt als Einheit der Differenz Recht/Unrecht, als „*re-entry* der Form in die Form“, der zugleich ahnen lasse, „daß alle Ausschließung, alle Entfaltung, alle Auflösung der Ursprungsparadoxie bloß Selbsttäuschung war“.¹⁷

Allen Abgründen zum Trotz, die sich aufzutun mögen, wenn das Begründen der Rechtmäßigkeit des Rechts reflektiert und auf einen „Anfang“ hin zurückverfolgt wird: Bei einem derart resignierenden Befund kann eine Analyse, die rechtswissenschaftlich sein will, nicht stehenbleiben. Sie muss aber das Paradoxieproblem ernstnehmen, will sie die Grundlagenforschung mit Bezug auf das Recht nicht anderen Teildisziplinen wie der Philosophie oder der Soziologie überlassen. Allerdings lässt sich rechtswissenschaftliche Kommunikation selten auf eine Außenbeobachtung des Rechts ein und meidet funktionale Strukturprobleme des Rechts in eben dem Maße, als sie sich mit juristischer Kommunikation identifiziert.¹⁸ Ähnliches gilt für methodologische Selbstbeobachtungen des Rechts, die danach fragen, wie entschieden wird, ohne dabei (Un-)Möglichkeitsbedingungen des eigenen Tuns zu reflektieren. Anderenfalls käme die Tatsache zum Vorschein, dass das Rechtssystem, wenn mit der Anwendung seiner Basisunterscheidung zwischen Recht und Unrecht auf sie selbst konfrontiert, sich selbst Entscheidungsprobleme

¹⁷ *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 205; vgl. (mit ironischerem Unterton) schon *Hedemann*, Die Flucht in die Generalklauseln, 1933, 58f.: „Wir kennen zwar das rastlose Arbeiten der Gesetzesmaschine, aber wir empfinden dumpf, daß es vergeblich ist“. Nicht zufällig klingt gerade in Zeiten forcierter Bemühungen um eine Kodifikation des Zivilrechts das Problem hochselektiver Abstraktionen zwecks Typisierung von Einzelfällen an, vgl. Mot. II, 26: „Es ist weder dem Gesetze, noch für die Regel dem Geschäftsverkehre möglich, den Umfang und Inhalt einer Schuldverbindlichkeit nach allen Richtungen und Nebenpunkten genau zu beschreiben, vollständig läßt sich der Inhalt einer Leistungsverbindlichkeit nur im konkreten Falle erkennen.“ Ebenso zum Begriff des Kaufvertrags a. a. O., 345.

¹⁸ Beiläufig mit diesem Befund auch *Wysk*, Rechtsmißbrauch und Eherecht, 1994, 87f. Dass nicht nur „Rechtsdogmatik“, sondern auch „Rechtstheorie“, die sich um Kriterien für die Zuteilung von Recht und Unrecht bemüht, sich selbst juristischer Kommunikation zuordnet, bemerkt treffend *Luhmann*, Subjektive Rechte, in: Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. 2 (1993), 45, 104; *ders.*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 10ff.

zumutet, deren Lösbarkeit aus wissenschaftlicher Sicht nicht unbesehen unterstellt werden kann. Deshalb wird die Figur hier auf funktionsimmanente Systemprobleme des Rechtssystems zurückverfolgt, auf Antinomien und negative Selbstreferenz in rechtlicher Kommunikation. Man mag Fragen dieser Art angesichts des begriffslogischen Dilemmas mit „romantischer Ironie“ ohne Lösungsinteresse stellen, in philosophische Kontemplation verfallen, Pflichtbefreiung wegen Unmöglichkeit einwenden oder das Problem des Rechtsmissbrauchs tunlichst bagatellisieren, wie es oft geschieht. Die hier verfolgte Alternative besteht darin, zu rekonstruieren, welche Systemprobleme in welchen Kontexten bei der Figur des Rechtsmissbrauchs auftreten und welche Kriterien dann relevant werden. Eine Analyse mit diesem empirischen Ziel kann halbwegs sicheres Terrain nur gewinnen, wenn sie sich nicht an die funktionalen Beschränkungen juristischer Kommunikation bindet. Man muss sich mit anderen Worten (und anderen Begriffen) vom Code Recht/Unrecht distanzieren, um das Problem überhaupt zu sehen. Dann – und erst dann – lässt sich das Oxymoron des Rechtsmissbrauchs rekonstruieren als Paradoxieproblem, das in juristischer Kommunikation so nicht formulierbar ist.¹⁹

Was von außen als „negative Selbstreferenz“ im System, als rechtliche Operation gegen rechtliche Operationen, beobachtbar ist, löst aus der Binnenperspektive des Rechtssystems nur für einen Moment – man könnte fast sagen: für eine juristische Sekunde – Irritation aus. Die Paradoxie muss sofort durch Differenzierungen aufgehoben, verdrängt, invisibilisiert werden, durch weitere Unterscheidungen also, die die Leitunterscheidung Recht/Unrecht wiederum selbst verwenden. Denn immer muss normativ entschieden werden, notfalls – wie bei einem Prozessurteil, das eine missbräuchliche Klage abweist – um den Preis der Paradoxie, dass entschieden wird, nicht zu entscheiden.²⁰ Unter den funktionsspezifischen Entscheidungsbedingungen juristischer Kommuni-

¹⁹ Ein Oxymoron wird gemeinhin als „scharfsinnige Dummheit“ definiert. Die Gleichzeitigkeit von Rationalität und Irrationalität ist wesentliches Moment in Fällen des rechtsmissbräuchlichen weil paradoxen Verhaltens, wie es besonders beim Gestaltungsmissbrauch zur Gesetzesumgehung deutlich wird oder beim Einsatz wettbewerblicher Entfaltungsfreiheit gegen den Wettbewerb, den das Rechtssystem (als Missbrauch von Marktmacht) nicht als Autonomieverwirklichung anerkennt. Aus Sicht des rechtlich bewehrten und das Recht missbrauchenden Akteurs ist sein Verhalten stets rational, sei es mit Bezug auf sein wirtschaftliches Interesse, sei es mit Bezug auf sonstige Idiosynkrasien. Doch das Recht legt eben als Maßstab eine systemspezifische Rationalität an – mit der Forderung nach Widerspruchsfreiheit nicht nur an sich selbst („inneres System“), sondern auch an das Handeln Berechtigter.

²⁰ Das Beispiel, auf das zurückzukommen sein wird, macht den funktionalen Zusammenhang zwischen der Paradoxie negativer Selbstreferenz und Differenzproduktion deutlich: Juristisch lässt sich die Paradoxie des Ablehnens einer Entscheidung durch Entscheidung mit der Unterscheidung prozessual/materiell auflösen – es ergeht ein „Prozessurteil“. Zu diesem Problem im Verfahrenskontext des Rechtsmissbrauchs näher unten S. 101 ff.

kation lässt sich jedoch nicht rekonstruieren, weshalb und wie die Figur des Rechtsmissbrauchs als Argument oder als „normativer Zweckbegriff“ benutzt wird, obwohl er eine Unterscheidung macht, die keinen Unterschied macht. Insbesondere die kollisionsrechtliche Literatur registriert die geisterhafte Leere des Begriffs, vermutlich aufgrund der sich rechtsvergleichend laufend bestätigenden Einsicht, dass rechtliche Lösungen zwar nicht beliebig sind, aber doch stets kontingent, also auch anders möglich.²¹ Man kann nach allem, um das Problem des Rechtsmissbrauchs zu analysieren, nicht voraussetzen, dass es überhaupt lösbar sei; wohl aber, dass das Rechtssystem es lösen muss, und dass sich beobachten lässt, wie dies geschieht. Eine entsprechende Analyse verspricht nur dann Erfolg, wenn sie nach Problemstrukturen fragt, die in den Funktionsbedingungen des Rechts angelegt sind.

Die vorliegende Analyse sucht deshalb Zugriff auf das Problem, indem sie voraussetzt, dass, wenn von Rechtsmissbrauch die Rede ist, juristische Kommunikation dieselbe Unterscheidung (Recht/Unrecht) *zweimal* verwendet. Es geht um die Rechtmäßigkeit (und daher: Rechtswidrigkeit) des Berufens auf das Recht. Beschreibt man dies als internes Systemproblem, so ist es ebenso möglich wie historisch wahrscheinlich, dass *das Rechtssystem für sich selbst zum Rechtsproblem werden kann* und sich in bestimmten Fällen – und dann natürlich immer: rechtmäßigerweise – als Unrecht behandeln muss, das heißt: seinen Gebrauch als unzulässig verbieten. Eben dies geschieht, wenn die Ausübung eines Rechts, einer Forderung oder der Handlungsfreiheit als „schikanös“, „sittenwidrig“, „treuwidrig“, „unzulässig“, „unangemessen“, „unzumutbar“ oder „rechtsmissbräuchlich“ disqualifiziert wird. Es handelt sich nur um mehr oder weniger gut versteckte Synonyme für *Rechtswidrigkeit*.²² Die sys-

²¹ Vgl. v. Bar, Internationales Privatrecht, Bd. 1, 1987, Rn. 577: „Mit keinem Begriff muß aber der Jurist so vorsichtig sein wie mit dem des Mißbrauchs, weil dessen genaue Definition nie wird gelingen können.“; ähnlich MünchKommBGB/Sonnenberger, Einl. IPR Rn. 168; Schurig, FS Ferid (1988), 375 ff.; Basedow, in: Stathopoulos/Agalopoulos (Hrsg.), FS Michael P. Stathopoulos (2010), 159 („kein subsumptionsfähiges Regelungsprogramm“); Gambaro, ERPL 1995, 561, 569 („any sort of general theory on abuse of rights resulting in a classificatory outline appears to be scarcely fruitful“). Auch die steuerjuristische Literatur zu § 42 AO trifft entsprechend ernüchternde Feststellungen, siehe Albert, Zur Abwehr von Steuerumgehungen, 2009, 89; Kirchhof, Diskussionsbeitrag in: Hüttemann (Hrsg.), Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsmissbrauch (2010), 67 f.

²² In der Literatur wird diese Frage selten überhaupt aufgeworfen, geschweige denn bejaht, vgl. aber Wysk, Rechtsmissbrauch und Eherecht, 1994, 78; Damm, JZ 1986, 913, 918. Gelegentlich wird (dann aber mit deliktsrechtsdogmatischem Bezug auf die Beweislast bei der Rechtfertigung) formuliert, dass Sittenwidrigkeit Rechtswidrigkeit „impliziere“, vgl. Jauernig/Teichmann, § 826 BGB, Rn. 9; Staudinger/Oechsler, § 826 BGB, Rn. 45. Oft wird dagegen versucht, Treu und Glauben, Sittenwidrigkeit und Rechtsmissbrauch mit Verweis auf die Entstehungsgeschichte auseinanderzuhalten, ohne dass dies mit nachvollziehbarer Terminologie oder Kriterienlogik gelänge, repräsentativ Soergel/Teichmann, 12. Aufl. 1990, § 242 Rn. 11 ff. und 123 ff.

temeigene Kompetenz zur Selbstrejektion impliziert den tautologischen und deshalb paradoxen, weil nur als Identität einer Differenz, als Selbigkeit des Verschiedenen – Recht/Recht – formulierbaren Imperativ: Nimm Recht nur rechtmäßig in Anspruch! Das „Wesen“ des Rechtsmissbrauchs liegt in der Paradoxie, die Berufung auf Recht als rechtswidrig zu disqualifizieren. Und das rechtsinterne *Verbot* des *Rechtsmissbrauchs* – als doppelte Negation – löst diese Paradoxie wiederum in einer tautologischen, juristisch eigentlich nicht anschlussfähigen Formel auf, die besagt, es sei rechtswidrig, Recht rechtswidrig zu verwenden.

Die so gestellte Ausgangsfrage nach Gründen dafür, dass die Unterscheidung Recht/Unrecht auf sich selbst angewendet wird, und nach entsprechenden Techniken im Recht, mit denen die Paradoxie aufgelöst bzw. aufgehoben wird, eröffnet eine zugleich dekonstruktive und konstruktive Perspektive: *Dekonstruktiv* insoweit, als die funktionalen Prämissen des Rechtssystems – Entscheidungszwang, Widerspruchsfreiheit und Selektivität – als Funktionsbedingungen des Rechtssystems verstanden, aber nicht übernommen werden. Die funktionalen Selbstbeschreibungen sind vielmehr mit Antinomieproblemen im Recht in Verbindung zu bringen, und dies impliziert zunächst und vor allem eine erhebliche Steigerung von Unsicherheit. – Als *konstruktiv* bietet sich demgegenüber ein Suchmodus an, der nach geeigneten und weniger geeigneten Strategien der Paradoxieauflösung durch Differenzierung fragt. Es werden verschiedene solcher Strategien zu identifizieren sein, namentlich die juristischen Unterscheidungen zwischen Recht/Moral, Recht/Billigkeit, Gesetz/Recht, Können/Dürfen, Form/Substanz, Zweck/Mittel, Anspruch/Geltendmachung, materiell/prozessual oder Regel/Ausnahme. Solche Unterscheidungen verschieben allerdings, wie man sofort sieht, nur das Paradoxieproblem, solange keine normativ tragenden Argumente genannt werden. Die Fallerrfahrung belegt induktiv, dass das Axiom *selbstwidersprüchlichen Verhaltens* ein zentrales, im eigentlichen Sinne auf „Autonomie“ bezogenes Kriterium bildet, das in ganz verschiedenen Kontexten für die Paradoxie des Rechtsmissbrauchs relevant wird. *In nuce*: Nachweisbar ist ein Zusammenhang zwischen der negativen Selbstreferenz im Rechtssystem und der negativen Selbstreferenz im Verhalten desjenigen, der sich rechtswidrig auf das Recht beruft.

II. Funktionaler Systembegriff

Was die wissenschaftliche Ausgangspositionierung angeht, kann die Einsicht zugrunde gelegt werden, dass jede funktionsgebundene Beobachtung mit einer Basisunterscheidung arbeitet und anhand dieser Unterscheidung weitere Unterscheidungen erzeugt. Kommunikationen, die sich selbst eine bestimmte Leitdifferenz – einen „Code“ – zugrundelegen, machen es möglich,

sie funktional zuzuordnen, weil sie sich selbst entsprechend zuordnen.²³ So erzeugt rechtliche Kommunikation auf Grundlage der Differenz Recht/Unrecht Begriffe (Unterscheidungen) und verbindet sie mit dem funktions-spezifischen Anspruch, rechtmäßige Entscheidungen zu treffen. Wissenschaftliche Beobachtung kann nach der Einheit solcher Unterscheidungen fragen, und sie dem beobachteten Beobachter zurechnen, hier: dem Funktionssystem Recht. Die Notwendigkeit des Beobachtens von Beobachtungen (einschließlich Selbstbeobachtungen) und des Unterscheidens von Unterscheidungen mag heute fast selbstverständlich klingen, scheint aber noch nicht durchgängig akzeptiert. Die neuere (soziologische) Systemtheorie formuliert aber nur die wesentliche Einsicht, dass die Unterscheidung, mit der beobachtet wird, nicht mit derselben Unterscheidung beobachtet werden kann, sondern auf eine Paradoxie hinausläuft, die nicht vom Unterscheider selbst beobachtbar ist – wohl aber von einem anderen Beobachter aus anderer Systemperspektive.

Wenn im Folgenden daher der Begriff „Rechtssystem“ verwendet wird, so ist damit funktional gemeint juristische Kommunikation, die ihre Umwelt mit der Unterscheidung Recht/Unrecht beobachtet und auf normative Entscheidungen zielt. Während funktionsimmanente Gegensätze für einen Beobachter des Rechtssystems als Antinomien und Paradoxien sichtbar werden, behandelt das Kommunikationssystem Recht sie als zu lösende – und deshalb lösbare – „Zielkonflikte“, „Prinzipienkollisionen“ oder „Spannungsverhältnisse“.²⁴ Eine rechtswissenschaftliche Beobachtung, die solche Konfliktlagen analysiert, muss sich nicht unkritisch systemsoziologischen Prämissen unterwerfen, kann aber auf entsprechende Vorarbeiten zurückgreifen.²⁵ Voraussetzung dafür ist es, einen Systembegriff zugrunde zu legen, mit dem das Recht in den Blick rückt als Kommunikationssystem, das auf normative Entscheidungen zielt und sich dadurch funktions-spezifische Probleme zumutet. Die damit implizierte Unterscheidung zwischen juristischer und wissenschaftlicher Kommunikation knüpft an das systemtheoretische Paradigma funktionaler Differenzierung an, genauer: an das heterarchische Nebeneinander verschiedener sozialer Kommunikationssysteme mit jeweils spezifischem und zugleich uni-

²³ Es kommt mithin darauf an, Unterscheidungen zu unterscheiden. Konstruktivistinnen wie *Glanville* (Juvenal Satires, vi. 347, 1986) sprechen von der „circularity of the dual that is the unity“; vgl. auch *Spencer Brown*, *Laws of Form*, 1969, 76: „The observer, since he distinguishes the space he occupies, is also a mark.“ Die Aufforderung des „Konstruktivismus“ lautet, dass man eine Unterscheidung treffe, und die (systemtheoretisch übersetzbare) Botschaft der Kybernetik „zweiter Ordnung“ ist: Beobachte den, der dies tut. Vgl. auch *Guski*, JZ 2016, 1158.

²⁴ Dies konzedieren immerhin auch explizit systemtheorie-averse Autoren, vgl. *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 1992, 311.

²⁵ Für eine entsprechende Übertragbarkeit auch *Luhmann*, *Soziale Systeme*, 1984, 507 (strukturelle Widersprüche gebe es nur für den Beobachter eines Systems); siehe ferner *di Fabio*, *Luhmann im Recht*, 2000, 142, 152.

versellem Geltungsanspruch. Dies geschieht aus der Einsicht heraus, dass der Mehrwert des systemfremden Beobachtens von Beobachtungen darin besteht, Probleme in der beobachteten Kommunikation sichtbar zu machen. Befremden mag eine solche Positionierung allenfalls dort auslösen, wo die Frage, wer oder was mit welcher Unterscheidung beobachtet, von vornherein schon nicht gestellt wird. Im Nachvollzug des konstitutiven Nichtsehens, in der Beschreibung des Beobachters erster Ordnung als eingeschlossenen und ausgeschlossenen Dritten liegt der wesentliche, weil „autologisch“ konstruierte Vorzug einer systembezogenen Theorie des Beobachtens von Beobachtungen.

Eine rechtswissenschaftliche Analyse kann die funktionspezifischen Prämissen juristischer Kommunikation also nicht übernehmen. Insbesondere lassen sich nicht unhinterfragbare Wertbegriffe zugrundelegen, also „Superunbezweifelbares“²⁶, denn dies hieße nicht nur, bisher verfügbares Wissen insoweit als abgeschlossen zu unterstellen, sondern auch und vor allem, Antinomien, Paradoxien und Möglichkeitsbedingungen juristischer Beobachtung aus dem Untersuchungsgegenstand auszuklammern, ohne hierfür einen anderen Grund angeben zu können als: Entscheidenmüssen. Neuere Rechtstheorien, etwa die ordoliberalen Systemschule, post-marxistische Rechtstheorien und soziologische Jurisprudenz, haben – trotz ihrer völlig unterschiedlichen Ausrichtungen – längst im Blick, dass im gegenstrebigem Gefüge von Subjekt und Gesellschaft, Autonomie und Heteronomie, Rechtsmacht und Gewalt usw. die eigentlichen Binnenprobleme des Rechts liegen. Die damit verbundene Einsicht in *problemerzeugende* Zusammenhänge im Recht schließt wissenschaftliche Beiträge zu „besseren“ normativen Lösungen nicht aus; doch dazu sind zunächst die Konflikte möglichst klar zu benennen. Das heißt immer auch zu fragen, mit welchen Unterscheidungen gearbeitet wird, wenn Kollisionen von Recht mit Recht im Recht auftreten. Distanz zum juristischen Denken ist also nicht nur hilfreich, sondern unbedingt nötig, um das in den Blick zu bekommen, was man bei der Verwendung der Unterscheidung zwischen Recht und Unrecht nicht sehen und daher schon als Frage nicht sinnvoll stellen kann. Die Notwendigkeit und die Fruchtbarkeit einer Außenperspektive werden in jüngerer Zeit zunehmend betont, um konstitutive Gegensätze im Recht zu rekonstruieren.²⁷

²⁶ *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Bd. 2, 1997, 1122.

²⁷ Eine rechtsexterne Perspektive gilt mittlerweile als Bedingung der Möglichkeit, Probleme des Rechtssystems adäquat zu beschreiben. Siehe *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterrecht, 2004, *passim*, besonders 213 f.; *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 14–17, 497; *ders.*, ZfS 2000, 17; vgl. aus Sicht des sogenannten *legal realism* bereits *Holmes*, The Path of the Law, in: Harvard Law Review 10 (1897), 457; *Hart*, The Concept of Law, 1961, 56 f., 88 ff.; ferner *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, 1994, 47 f.; *MacCormick*, Legal Reasoning and Legal Theory, 1978, 275 ff. Zum Problem der Selbstlimitierung juristischer Reflexion auf eine Theorie der Rechtsprechung und des juristischen Diskurses vgl. auch *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1993, 241.

Wissenschaftliche Analysen können Widersprüche und einander bedingende Gegensätze in der beobachteten Kommunikation in Rechnung stellen.²⁸ In Bezug auf das Recht rückt damit das in den Blick, was in Rechtstheorie und -philosophie traditionell als „Antinomien“ beschrieben wird.²⁹ Eine bekannte Formulierung bringt diese Tradition rechtswissenschaftlichen Denkens auf den Punkt:

„The reconciliation of the irreconcilable, the merger of antitheses, the synthesis of opposites, these are the great problems of the law. [...] We have the claims of stability to be harmonized with those of progress. We are to reconcile liberty with equality, and both of them with order. The property rights of the individual we are to respect, yet we are not to press them to the point at which they threaten the welfare or the security of the many. We must preserve to justice its universal quality, and yet leave to it the capacity to be individual and particular.“³⁰

Dass das Recht als widerpruchsfreies System zu denken sei, ist demgegenüber eine nur aus systeminterner Sicht plausible Selbstbeschreibung: Widersprüche stören die Konsistenz des Entscheidens. Nicht zufällig wird angesichts der ab 1800 wachsenden Unsicherheit, die mit der Positivierung des Rechts einhergeht, zunehmend systematische Kohärenz gefordert. Eine mit historischem Spezialwissen ausgestattete Jurisprudenz behauptet unter Berufung auf die römischen Juristen die *Einheit von Theorie und Praxis*, also die Ununterschiedenheit dieser Unterscheidung.³¹ Dieses diffuse Amalgam in ansonsten hochdifferenziertem Denken ist erst im 20. Jahrhundert endgültig gesprengt worden.³² Der Pandektistik erschien es noch plausibel, Rechtswissenschaft als „richtiges“ Verstehen von Rechtstexten zu verstehen, Dogmatik als konsistente Konstruktion von Ableitungszusammenhängen, Systemdenken als begrifflich kohärente Anfertigung und Anwendung normativer Arrangements.³³ Eine solche Reduktion des Rechtswissenschaftsbegriffs auf Normenkunde

²⁸ Luhmann, in: Soziologische Aufklärung, Bd. 6 (1995), 55, 107; vgl. auch ders., Die Gesellschaft der Gesellschaft, Bd. 2, 1997, 1134f.; Wiethölter, in: Teubner (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe (1995), 89, 94, 110f.

²⁹ Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1983, 112 und 115 ff.; Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, 10ff., 46ff., 64ff., 98ff., 141ff.; Schillig, Konkretisierungskompetenz und Konkretisierungsmethoden im Europäischen Privatrecht, 2009, 122ff.

³⁰ Cardozo, The Paradoxes of Legal Science, 1928, 4f.

³¹ Allen voran Savigny, Vom Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, 12; ders., System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, 1840, 11 mit Fn. b.

³² So ist gegenüber der Pandektistik der Vorwurf erhoben worden, sie hätte geschichtliche und politische Bedingtheit des Rechts als maßgebliche Bezugspunkte der Rechtswissenschaft ausgegeben und eben dadurch die Verbindungen des Rechts zur historisch-politischen Gegenwart systematisch relativiert, wenn nicht gekappt, vgl. Wiethölter, in: Kritische Justiz (Hrsg.), Streitbare Juristen: Eine andere Tradition, Jürgen Seifert zum 60. Geburtstag (1988), 44, 49.

³³ Die zuerst die Bedeutung der Figur des subjektiven Rechts für eine begrifflich-systematische Ordnung des Rechtsdenkens erkennt und sich noch vorstellen kann, dass das

Sachregister

- Abhängigkeit
- Gesellschaft/Gesellschafter 294 ff.
 - Normen und Tatsachen 63
 - vom Marktbeherrscher 671, 675
- abusus* 87, 108, 133 ff., 177, 215, 276, 656
- aliud agere aliud simulare* 14, 180 f., 411, 556, 570
- allgemeine Geschäftsbedingungen 156, 279 ff.
- Als-ob-Wettbewerb 276, 637 ff.
- Aktiengesellschaft 233, 257, 427 ff.
- Ambivalenz
- Recht als Unrecht 42 ff., 81, 164
 - von Begriffen 305, 382 ff.
 - der Zweckverfolgung 108, 167, 199, 207, 233 ff., 308 ff., 461, 463 f., 487, 502, 556, 577
- Analogie 25, 63 ff., 73 f., 305, 312, 315, 321, 330, 475, 547, 636
- Anfechtung
- Aktionärsklagen 233 ff.
 - von Willenserklärungen 246
 - s. auch Reurecht
- Angemessenheit s. Maß
- Antinomie 7, 27 ff., 36 ff.
- Abstraktion/Einzelfall 51 ff.
 - Binnenmarkt 503 ff.
 - Freiheit/Wettbewerb 81 ff., 594 ff.
 - Gesetzestext/Normzweck 60 ff.
 - Maß 78 ff.
 - Preiskontrolle 691 ff.
 - Repräsentation 95 ff.
 - Verfahren 101 ff.
- Arbeitnehmerentsendung 368 ff., 484, 521, 538, 548, 558
- Arbeitnehmerfreizügigkeit 414 ff., 493, 551
- Arbeitssuche 414 f., 417, 427, 538 f.
- Arglist 120 f., 162, 178 f., 184, 249, 273, 278, 285, 326, s. auch *dolus*, Täuschung
- Argumentation 11, 23, 41, 60 ff., 67, 124, 152, 161, 170 ff., 181, 289, 302, 308, 324
- Arzneimittel 340, 462
- As-efficient-competitor*-Test 592, 642 ff.
- Aufenthaltsrecht 419 ff.
- Aufspaltung
- einheitlicher Vorgänge 309, 314 ff., 378, 554
 - Register- und Verwaltungssitz 379 ff., 386 ff.
 - von Märkten 461, 689
- Ausbeutung 275 ff.
- Ausbeutungsmissbrauch 634, 656, 691 ff.
- Ausforschung 236
- Ausfuhrerstattungen 329, 341 ff., 560
- Auslegung
- der Grundfreiheiten 530 ff.
 - des Kartellrechts 623 f.
 - und Rechtsmissbrauch 60 ff., 65 ff., 330 ff.
 - und Wortlautgrenze 71 ff., 183 ff.
- Ausschließlichkeitsbindungen 677 ff.
- Autologie 549 ff., 579, 705
- Autonomie 46 ff., 528 ff.
- und Freiheitsantinomie 81 ff.
 - als Maßstab für Autonomie 696 ff.
- Befangenheit 235
- Befugnis
- Auslegung 474 ff.
 - Legitimationsüberschuss 84, 87 ff., 95 ff., 333
 - Repräsentation 95 ff.
 - und Möglichkeitsbedingungen 82,
 - und Zwecksetzung 502, 540, 549 ff.
 - s. auch *potestas*

- Begriffe 27f., 38, 40, 52, 68, 71ff., 305, 311, 382ff., 538, 547, 625f.
 Behinderungsmisbrauch 94f., 647ff., 659ff.
 Beobachtung 8, 17 (Fn. 53), 24, 29, 34, 48 (Fn. 187), 114, 173, 547
 Berufsqualifikationen 336, 352, 358ff., 520, 563
 Beschränkung
 – der Grundfreiheiten 525ff.
 – der Haftung 277ff.
 – des Wettbewerbs 603ff.
 Bestimmungslandprinzip 349f., 369, 508, 518ff.
 Betrug s. Täuschung
 Billigkeit 41f., 45, 52ff., 115f., 170, 177, 259
 Binnenmarkt 463ff., 478f., 503ff.
 – unvollkommener 508ff.
 – und Binnengrenzen 328, 331f., 463ff., 503ff., 527f., 538, 548, 560, 580ff., 706
 Buchpreisbindung 338f.

Cadbury-Schweppes-Urteil 398, 403ff., 474, 479ff., 559, 564, 581
causa 183, 190f., 303f., 486, 498, 554, 572ff.
 – kontradiktorische 310ff.
Centros-Urteil 330ff., 352, 384, 388ff., 468, 473, 481, 485f., 521, 561f.
 Codierung 19ff., 76, 252
constantia 15, 228, 708

 Demokratie 47, 157f., 590
 Diabolik 300, 305, 501
 Dialektik 32f., 38, 92, 97, 536, 594, 603, 607, 624
 Dienstleistungsfreiheit 329, 336f., 351ff., 379ff., 412, 485, 517, 522, 536, 538
 Differenz 2ff., 21ff., 45ff., 84ff., 128ff., 553ff.
 Differenzierung, funktionale 7ff.
 Dilemma 17, 68, 117, 247, 290, 591, 622, 635, 667, 691ff.
 – ökonomische Dilemmathesen 613
 Diskriminierung
 – Privatrecht 254
 – Grundfreiheiten 334, 364, 386, 447ff., 469, 526, 579
 – umgekehrte 512
 – Kartellrecht 686ff., 699
 Diskurstheorie 145ff., 650
 Dogmatik 10, 14, 19, 49, 99, 115f., 164, 167, 170ff., 464, 471, 480ff., 507
dolo agit 175, 231, 249ff.
dolus 118ff., 174, 177ff., 207, 233, 285, 289, 308, 570f., 703
 doppelte Kontingenz 93, 510, 613f., 619
 Drittwirkungen 281ff., 306

 Effizienz 476, 590, 613, 642ff., 664
 Ehe 283f., 424ff.
 Eigennutz 92f., 142f., 528ff.
 Eigentum 81ff. 134ff., 153ff., 195ff., 268, 270, 275, 311ff.
 – s. auch gewerbliche Schutzrechte
 Einfuhrkontingente 348f., 486, 572
 Einheit
 – Aufspaltung 314ff., s. auch Ketten-
 geschäfte
 – Recht/Unrecht 8, 16, 23, 27ff., 39, 117, 267, 271
 – und Vielfalt 39, 504ff.
Emsland-Stärke-Urteil
 Entscheidungszwang 7, 19f., 267, 620
 Entsendung 368ff., 484, 521, 538, 558
 Erhebung 80, 300f., 311, 330, 547f.
 Ermessensmissbrauch 454ff.
 Erschöpfungslehre 457ff., 579f.
Esser, Josef 42, 60f., 64, 116, 131, 143, 150, 154, 170, 174, 191, 199, 205, 212, 219
 Ethik 111ff., 132ff., 247
 – des Worthaltens 225
 – Diskursethik 145ff.
 Examen 364f.
 Existenzvernichtung 156, 202, 244f., 260, 268, 299
 Expertise 156, 270, 284, 286ff.

 Familie 283, 419, 424f.
 Fiktion 50, 185, 187, 264, 296, 488
 Folgenabwägung 258ff.
 Folgenabwälzung 191ff.
 Form
 – und Substanz 492ff.
 – formell/materiell 382ff.

- formunwirksame Rechtsgeschäfte 223 ff.
- Freiheit
- Antinomie 81 ff., 92 ff., 594 ff.
 - Auslegung der Grundfreiheiten 530 ff.
 - Wettbewerb 594 ff., 636 f.
 - s. auch Freizügigkeit, Grundfreiheiten
- Freizügigkeit
- Arbeitnehmerfreizügigkeit 414 ff.
 - Unionsbürgerschaft 419 ff.
- fraus legi facta* 177, 183 ff., 483
- Funktion
- und Institut 143, 149 ff., 301 f.
 - der Grundfreiheiten 528 ff.
 - des Kartellrechts 594 ff.
 - der Rechtsmissbrauchsfigur 50 ff., 412 ff., 442 ff., 608
 - Recht/Wissenschaft 7 ff.
 - sozialer Systeme 19 ff.
- funktionslose Rechtsträger 564 ff.
- gegenläufige Gestaltungen 310 ff., 319 ff., 567 ff., 665 f.
- Geltendmachung 171, 219, 240, 245
- gewerblicher Schutzrechte 446 ff.
 - prozessuale 427 ff.
 - vertraglicher Rechte 261 ff.
 - und Vertrauen 219 ff.
- Gemeinwohl 92 ff., 135, 143, 334 ff., 528 ff.
- Generalklauseln 122 ff., 199 ff.
- Gesamtbetrachtung 27, 130, 300 ff., 314 ff., 346 f., 377 ff., 464, 541, 546, 549, 558 ff., 567 ff.
- Geschäftsgrundlage 58, 125, 127, 182, 186, 189, 194 f.
- Gesellschaft/-srecht
- Aktiengesellschaft 236, 428 f.
 - Aktionärsklagen 233 ff.
 - *Centros* 330 ff., 388 ff.
 - Ein-Mann-GmbH 297
 - Existenzvernichtung 156, 202, 244 f., 260, 268, 299
 - funktionslose Rechtsträger 564 ff.
 - Gesamthand 295 f.
 - Gesellschafterhaftung 297 ff.
 - GmbH 156, 163, 268, 270, 285, 293 ff.
 - Haftungsbeschränkung 293 ff.
 - Kapitalerhöhung 427 ff.
 - Kommanditgesellschaft 35
 - Kündigung 196 f., 263
 - Mantelgründung/wirtschaftliche Neugründung 566
 - offene Handelsgesellschaft 99, 255
 - Sitzverlegung 386 ff., 399
 - als Subjekt 294 ff.
 - Unterkapitalisierung 299 f.
 - verdeckte Sacheinlage 62, 304, 308, 320
 - Vermögensvermischung 50, 299
 - Sitzspaltung/-verlegung 382 ff., 386 ff.
 - s. auch: Insolvenz, Konzern, *special purpose vehicle*
- Gesellschaftsvertrag s. Sozialvertrag
- Gesetzesumgehung 60 ff., 300 ff., 337 ff.
- Gestaltungsfreiheit/-missbrauch
- Gesetzesumgehung 60 ff., 300 ff., 337 ff.
 - Sekundärrecht 333 f., 427 ff.
 - Steuerrecht 392 ff.
- Gewalt 9, 20, 30 (Fn. 110), 43 ff., 273 ff. 610
- gewerbliche Schutzrechte 456 ff.
- Gewinnausschüttung 313 f., 401, 407 f.
- GmbH 156, 163, 268, 270, 285, 293 ff., s. auch Gesellschaftsrecht
- grenzüberschreitender Bezug 523 ff.
- Grundfreiheiten 337 ff., s. auch Arbeitnehmerfreizügigkeit, Dienstleistungsfreiheit, Niederlassungsfreiheit, Unionsbürgerschaft
- Grundrechte 157 ff.
- Grundstücke 226, 253 f., 311 f., 314, 317
- gute Sitten 18, 53, 80, 112 ff., 122 f., 191, 199 ff., 222, 238, 293, 299, 598
- Haftung als Institut 290 ff.
- Haftungsausschluss 277 ff.
 - Haftungsbeschränkung s. GmbH
 - Haftungsvereitelung 163, 290 ff.
- Halifax*-Urteil 373 ff.
- Handelsbeschränkung 334 f.
- Handlung als Kommunikation 220, 237, 241, 245, 304, 309, 313, 434, 436, 497, 501 f., 549 ff., 578, 666
- Harmonisierung 356 ff., 469 f., 507, 517, 533, 564 (Fn. 962)

- Hegel* 27f., 38, 43, 55, 87f., 101, 120, 132, 140ff., 155, 274, 308f., 500, 506, 551, 555
- Herkunftslandprinzip 353, 366, 369, 508, 518ff.
- Hierarchisierung 115ff.
- Hinzurechnungsbesteuerung 385, 398, 402ff., 564, 566
- Identität s. Differenz
- immanente Schranken 18, 90f., 143, 159f., 204, 266, s. auch *Siebert*
- Immaterialgüterrechte 256ff., 456ff.
- Informationslösung 470, 521 s. auch *Centros-Urteil*
- Insolvenz(verfahren) 234ff., 290ff., 390
- Institutsmissbrauch 265ff., 577, 588ff., 611, 629f., 654, 659, 673, 690, 706ff.
- Integration 331f., 337, 396, 463ff., 503ff., 528ff., 689
- Intention s. Motive
- Interesse 99ff., 180, 195ff., 230f., 236ff., 275, 315, 323, 558ff., 617
- Interessenjurisprudenz 57, 150
- Insolvenz 94f., 161, 233f., 237f., 270, 285f., 290ff., 390ff., 658
- Inspire-Art-Urteil* 384, 388
- Institut 149ff., 174ff., 648ff.
- Josserand, Louis* 16f., 68, 81f., 88, 121, 133, 149, 154, 171, 252, 322, 501
- Kampfpreise s. Untereinstandspreise
- Kant, Immanuel* 14, 24, 37ff., 45ff., 114, 133, 136ff., 184, 271, 284, 492, 501, 586, 650
- Kapitalerhöhung 427ff.
- Kapitalgesellschaften s. Gesellschaft
- Kartelle 95, 607f., s. auch Vertragsfreiheit
- Kettengeschäfte 315ff., 349f., 372, 486, 493, 542, 568
- Klage 5, 101ff., 163, 179, 218f., 248f., 261ff., 432ff., s. auch Anfechtung
- Können und Dürfen 95ff.
- Kommanditgesellschaft 35
- Kommunikation 3ff., 28ff., 484f.
- Komplexität 51, 126, 264, 574, 615, 618ff., 658, 691, 698, 700
- Konditionenmissbrauch 691ff.
- Konsistenz (s. auch widersprüchliches Handeln)
- als normative Anforderung 132ff., 154ff., 300ff., 586
- des Rechtssystems 2ff., 60ff., 328, 547, 580
- Konstruktion
- durch Selektion 125ff., 495, 625, 631
- s. auch künstliche Konstruktion
- Kontingenz 31, 43, 81, 540, s. auch doppelte Kontingenz
- Kontinuitätserwartungen 197, 219ff., 311, 321, 681
- Kontrahierungszwang 666ff.
- Konzern(recht)
- konzerninterne Zuwendungen 407ff., 542
- Mehrfachverfolgung 243f.
- Mutter-Tochter-Richtlinie 396ff.
- *unitas multiplex* 50 (mit Fn. 191), 294ff.
- verdeckte Gewinnausschüttungen 313ff., 573ff.
- Verlustverrechnung 405ff.
- zirkuläre Gestaltungen 373ff., 493, 568
- Kosten 662ff.
- Kostenersatz- und Belastungsinteresse 239ff.
- als Preise 645ff.
- Kosten-Preis-Schere 673ff.
- Kredit 231, 233ff., 275ff., 283ff., 376, 573
- Kündigung 196f., 232, 225, 255, 260ff., 490
- Kündigungsschutz 315f.
- künstliche Konstruktion 319ff., 491ff., 558ff., s. auch gegenläufige Gestaltung, Gesamtbetrachtung, Kettengeschäfte, wirtschaftliche Betrachtungsweise
- Lauterkeitsrecht 212ff., 238ff., 521
- Lebenspartnerschaft 424ff., s. auch Scheinehe
- Leistungswettbewerb 94, 630ff.

- Liquidation 391, s. auch Insolvenz
 Logik 23, 39f., 164, 267
Luhmann, Niklas 7ff., 19ff.
- Machtmissbrauch
 – im bürgerlichen Recht 275 ff.
 – im Kartellrecht 647 ff.
 manipulierter Wille 273 ff., s. auch
 Täuschung
 Marktbeherrschung/Marktmacht 92 ff.,
 603 ff., 647 ff., s. auch Missbrauch
 Marktordnung 585 ff.
 marktstarke Unternehmen 610, 615, 674
 Marktstrukturmissbrauch 685 f.
 marktwidrige Konditionen 275 ff., 293,
 313 ff., 409, 637 ff., s. auch Ausbeu-
 tung, Ausbeutungsmissbrauch
 Marktzugang(sinteresse) 530 ff., 558 ff.
Marx 9, 30, 595, 603
 Maß
 – Antinomie des Maßes 78 ff.
 – Freiheitsüberschuss 592, 603 ff.
 – Angemessenheit/Übermaßverbot/
 Verhältnismäßigkeit 46, 160, 195 ff.,
 258 ff., 272, 334, 446 ff.
 Mehrfachverfolgung 241 ff.
 Mehrwertsteuer(-Karussell) 333 f., 349 ff.,
 372 ff., 485, 538, 564, 568
 Meinungsfreiheit 157 ff.
Mestmäcker 85, 152, 242, 460, 514, 535,
 591, 595, 599, 604 ff., 608, 612, 615 ff.,
 640, 642, 647, 655, 657, 673
 Missbrauch
 – marktbeherrschender Stellungen
 92 ff., 585 ff.
 – s. auch Machtmissbrauch, Rechtsmiss-
 brauch
 Möglichkeitsbedingungen 154 ff., 265 ff.,
 648 ff., s. auch Institut, Institutsmiss-
 brauch
 Moral 111 ff., 132 ff., 163, 247 (Fn. 352),
 260, 269, 322 (Fn. 604), 492, 500 f., 586,
 628 f., 652, 707 f., s. auch Ethik
 Motiv 120 f., 187, 233 ff., 285, 303, 415,
 424, 490, 502, 539, 577, 628, 668, s.
 auch Zweck
- Nationalsozialismus 17 f., 56, 136, 159
 natürlich s. künstliche Konstruktion
 Naturrecht 84, 132 ff.
 Niederlassungsfreiheit 379 ff., 399 ff.,
 479 ff., 558 ff.
no-economic-sense-Test 663
 Normzweck 41, 60 ff., 88 f., 108, 233,
 375
 – der Grundfreiheiten 471 ff., 530 ff.,
 549 ff.
- ordoliberaler Schule 92, 595, 597, 603 ff.,
 640
 Oszillation (und Paradoxien) 27 ff., 63,
 132, 232, 249, 309, 329, 545, 550, 554,
 665
- Paradoxie
 – Begriff 27 ff.
 – paradoxes Verhalten 132 ff., 149 ff.,
 161 ff., 176 f., 203 ff., 265 ff., 300 ff.,
 546 ff., 647 ff.
 – juristische Aufhebungsstrategien
 110 ff.
 – s. auch Antinomie, gegenläufige
 Gestaltungen, widersprüchliches
 Handeln
 performativer Selbstwiderspruch 145 ff.,
 s. auch Täuschung
potestas 133
 Preise s. Ausbeutung, Kosten, Unterein-
 standspreise
 Prinzipien 8, 41, 45, 81, 117 f., 145, 173,
 469, 622
 Privatautonomie
 – Antinomie 92 ff., 594 ff.
 – Begriff 13, 15, 48 ff.
 – und Gemeinwohl 528 ff.
 – und Grundfreiheiten 530 ff., 558 ff.
 – und Marktordnung 588 ff.
 – Möglichkeitsbedingungen 265 ff.,
 654 ff.
 – s. auch widersprüchliches Handeln
 Prozesskostenhilfe 69, 130 f., 193
 Prozessrecht 101 ff., 239 ff., 432 ff.
- räuberische Aktionäre 233, 238
Raiser, Ludwig 81 ff., 91, 95 ff., 109, 133,
 136 (Fn. 554), 143, 152, 154, 156, 169,

- 171, 213 f., 269, 280 f., 322, 501, 588 ff.,
594, 601, 615 f., 649, 668 f., 672 f.
- Rationalität 5 (Fn. 19), 74, 134 ff., 146,
162, 268, 277, 292 f., 316 (Fn. 584),
572 ff.
- Recht/Unrecht
- Ambivalenzen 42 ff.
 - Code 7 ff.
 - Paradoxie 16 ff.
 - s. auch Rechtsmissbrauch
- Rechtsausübung s. Geltendmachung,
unzulässige Rechtsausübung
- Rechtsbruch (und Verwirkung) 207 ff.
- Rechtsfolge 75, 78, 99,
- Rechtsform
- Rechtsmissbrauch
- Antinomien 50 ff.
 - Paradoxie 16 ff.
 - Privatrecht 169 ff.
 - römisches Recht 177 ff.
 - Zivilprozessrecht 101 ff., 239 ff.
 - Kartellrecht 585 ff., 647 ff.
 - s. auch gegenläufige Gestaltungen,
Gestaltungsmissbrauch, wider-
sprüchliches Handeln, Selbstrejektion,
Zweck
- Rechtssicherheit 39, 54, 77 (Fn. 329),
102, 128, 131, 208, 391, 440, 473, 626,
704
- Rechtsstaat 21, 35 (Fn. 130), 157, 622
- Rechtssubjekt s. Subjekt
- Rechtssystem s. System
- Rechtswahl 387, 390, 412, 519, 566
- re-entry* 4, 19, 27 ff., 52, 55 ff., 103, 113 f.,
187, 195 (Fn. 127), 208, 218, 248, 328,
587
- Rejektion/Selbstrejektion 7, 25 f., 110,
171 f., 239 f., 302, 329, 547 ff., 586
- Repräsentation 95 ff., 156, 163, 167, 172,
266, 297, 318 f., 588
- Reurecht 246
- Reziprozität 83, 132, 137, 142, 263, 449,
655, 708
- Saldierung 130 (Fn. 532), 300 ff., 495, 539,
557 ff., s. auch Gesamtbetrachtung
- Scheinehe 415 (Fn. 384), 419, 423 ff., 484,
490
- Scheingeschäft 75, 161, 293 f., 307, 343,
417, 485 ff., 558, s. auch Täuschung
- Schiedsgericht 220, 232
- Schikane 16, 123, 160, 165, 200, 205,
246 ff., 265 (Fn. 422), 598
- Schwellenwerte 314, 621, s. auch Sorites-
Paradoxie
- Seetransporte 365 ff.
- Sekundärrecht 333 f., 341, 364, 396,
469 f., 486 f., 498, 538, 568, 581 f.
- Selbstbeobachtung s. Beobachtung
- Selbstexemption 136 ff., 269 ff., 648 ff.
- Selbstkosten s. Kosten, Untereinstand-
preise
- Selbstreferenz 19 ff., 322 ff., 546 ff., 647 ff.
- Selbstschädigung 35 (Fn. 129), 133, 161,
182, 191 ff., 276 f., 292, 298 f., 656
- Selbstwiderspruch s. Paradoxie, perfor-
mativer Selbstwiderspruch, wider-
sprüchliches Handeln
- Selektion/Re-Selektion 12, 36 (Fn. 132),
55 ff., 125 ff., 258 ff., 538 ff.
- Siebert, Wolfgang* 17 f., 22, 43, 56, 81 f.,
90 ff., 118, 133, 143, 162, 171, 174,
201 ff., 221, 263 f., 322, 501
- Simulation s. Scheingeschäft
- Sittenwidrigkeit s. gute Sitten
- Sitzverlegung 386 ff., 399 f.
- Sorites-Paradoxie 76 ff., 542 ff.
- Souveränität 46 ff., 394, 507, 513 ff.
- Sozialleistungen 419 ff.
- Sozialvertrag 136 f., 492
- special purpose vehicle* 305, s. auch
funktionslose Rechtsträger
- Steuern
- Gestaltungsmissbrauch/§ 42 AO
392 ff., 405, 485, 489 f., 495, 575
(Fn. 1002)
 - Hinzurechnungsbesteuerung 386,
402 ff., 564
 - indirekte Steuern/Mehrwertsteuer
372 ff., s. auch Mehrwertsteuer-
karussell
 - Verlustverrechnung 405 ff., 564, 566
- Strohleute 49, 131, 318 ff., 348, 541
(Fn. 908), 545, 550, 556
- Subjekt 9, 15, 30, 46 ff., 69 f., 95, 294 ff.,
s. auch subjektives Recht

- subjektive Merkmale 118 ff., 180, 234, 308 ff., 345, 501, s. auch Motive, Vorsatz, Zweck
- subjektives Recht 81 ff., s. auch Freiheit, Grundfreiheiten, Normzweck
- Substanz s. Form
- Supranationalität 513 ff., 532
- System
- Begriff 7 ff.
 - Systemmissbrauch 163, 650, s. auch Institutsmissbrauch
 - und Umwelt 26, 33, 56, 126, 195, 283, 286, 324, 549, 611, 616
- Systemschutz 149 ff., 265 ff., 648 ff., s. auch Institut, Institutsmissbrauch, Möglichkeitsbedingungen
- Systemtheorie 8 ff., 33, s. auch System
- Täuschung 179 ff., 208, 274, 350, 419, 483 ff., 545, 558, 565, 654
- Abgrenzung zum Rechtsmissbrauch 293, 307, 312, 417, 489 f., 558, 562, 569 f., 582
 - s. auch Arglist, *dolus*
- Tatbestand 12, 310 ff., 413 f., 538 ff., 585 ff., s. auch Gesetzesumgehung, Selektion, Wortlaut
- Tautologie 2, 33 (Fn. 123), 75, 85 ff., 106, 201, 221, 252 f., 258, 347, 349, 351, 475, 550, 554, 560, 619, 695, s. auch gegenläufige Gestaltungen
- teleologische Auslegung s. Normzweck
- Territorialitätsprinzip 392 ff.
- Teubner, Gunther* 1, 19, 29, 32, 37, 44, 51, 82, 111 f., 127, 137, 149, 152, 201 f., 282 f., 288 f., 295, 611, 613
- Titelerschleichung 103 ff., 207 ff.
- Torpedo-Klagen 438 ff., 470, 487, 499, 582
- Treuepflicht s. Treu und Glauben
- Treuerabatte 677 ff.
- Treu und Glauben 6, 46, 53, 119, 123, 162, 173
- gesetzliche Regeln 186 ff.
 - als Konsistenzgebot 200 ff., 214 ff., 227 ff., 246
 - und Moral 111 ff.
- und Sachenrecht 203, 205, 258 (Fn. 397), 259, 324
 - und Vertrag 261 ff.
 - s. auch Generalklauseln, Vertrauen
- tu quoque* 212 ff., 322
- TV10-Urteil* 355 f., 388, 467, 548
- Typus 311 f., 611
- Überschuss (Rechtsmacht) 87 ff., 92, 155, 167, 586, 606, 629, 649 ff., 657, 672, 683, 686, 690, 701
- Überseering-Urteil 384, 388
- Umgehung s. Gesetzesumgehung
- Umwelt s. System
- Unabhängigkeit
- des Marktbeherrschers 604 ff., 626 ff., 633, 686, 707
 - s. auch Abhängigkeit
- Unbestimmtheit 76 ff., 90, 126, 166, 623 ff., 642, 704
- unclean hands* 212 ff., 243
- Ungewissheit 106 f., 163, 172, 236 f., 286, 439, 442 ff., 484, 618 ff., 681, 700
- Unionsbürgerschaft 419 ff., 582
- Unionsrecht 327 ff.
- Universalisierung 139 ff., 154, 269, 284 f., 650 ff., s. auch Institut, *Kant*, Selbstexemption
- Unrecht, befangenes 118 ff.
- s. auch Recht/Unrecht
- Untereinstandspreise 527, 634, 659 ff., 675, 691 f.
- Untreue 96
- Unverhältnismäßigkeit s. Maß
- unzulässige Rechtsausübung 203 ff.
- U-Turn-Fälle* 130, 343, 427, 486, 498, 550, 554 f., 559 ff., 573, 580, 706
- van Binsbergen-Urteil* 329, 352, 359 ff., 381, 412, 468, 542, 548, 561
- venire contra factum proprium* 14, 132, 144 (Fn. 600), 162, 176 ff., 206, 214 ff., 292, 326, 704, s. auch Vertrauen, widersprüchliches Handeln
- Verantwortung 202, 220, 230
- und Expertise 286 ff.
 - und Haftung 284 ff., 297 ff.
 - und Marktmacht 155, 626 ff.

- und Vertretungsmacht 98
- Verbraucherschutz 105, 312 f., 449, 573, 590, 622, 632 f., 693
- verbundene Geschäfte 125, 318, 376, 378
- verbundene Klagen 434 ff.
- verdeckte Gewinnausschüttung 313 f.
- Verdrängungsabsicht 94, 120, 631, 664
- Verdrängungswettbewerb 602, 630 ff., 662, s. auch Machtmissbrauch
- Verfahren 101 ff., 163, 167, 172, 427 ff.
- Verkehrseröffnung 457 ff.
- Verleitung zum Vertragsbruch 155 f., 270, 281 ff.
- Verlustverrechnung s. Konzern
- Vermögensstrennung 156, 284, 297 ff.
- Vernunft 29, 37, 137 ff., 147, 201, s. auch Rationalität
- Vernunftrecht 48, 108, 115, 132 ff., 154
- Vertragsbruch s. Vertragstreue
- Vertragsfreiheit 81 ff., 95, 153, 155, 175, 271 ff., 281 ff., 637, 656, 667, 696, s. auch Kontrahierungszwang, Privatautonomie
- Vertragsgeneigntheit 251, 668 ff.
- Vertragsschluss 129 f., 155, 175, 186 f., 206, 262, 276, 281, 323, 656, 669 f., 695
- Vertragstreue/-untreue 162, 204, 210 ff., 283, 326
- Vertragsverweigerung s. Kontrahierungszwang
- Vertrauen 100 f., 141, 156, 175, 205, 214 ff., 266, 270, 284 ff., 654, 704
 - Vertrauenshaftung 144, 214 ff.
 - s. auch Täuschung, widersprüchliches Handeln
- Vertretungsmacht 95 ff.
- Vertriebsregeln 338 ff.
- Vorsatz 120 f., 234, 285 f., 289 ff., 551 (Fn. 927), 628, s. auch Motive, Zweck

- Währungsausgleich 333, 336, 341 ff., 464, 538, 541
- Wegfall der Geschäftsgrundlage s. Geschäftsgrundlage
- Wegzug 387, 389, 399, 403, 410, 423 ff., 523, 556
- Wettbewerb(srecht) 585 ff.
 - Antinomie 594 ff.
 - der Rechtsordnungen 390, 511 ff.
 - Wettbewerbsfreiheit 83, 585 ff.
 - Wettbewerbsrecht
 - Kartellrecht 585 ff.
 - Lauterkeitsrecht 141, 212 f., 235 ff., 521
 - widersprüchliches Handeln
 - gesetzliche Verbote 186 ff.
 - Grundfreiheiten 549 ff., 557 ff.
 - des Marktbeherrschers 647 ff.
 - römisches Recht 181 ff.
 - Selbstexemption 132 ff., 269 ff., 650 ff.
 - Rechtsmissbrauch/unzulässige Rechtsausübung 14 ff., 159 ff., 203 ff., 265 ff., 300 ff.
 - Widerspruch
 - Auslegung/Normtext 60 ff.
 - s. Antinomie, Paradoxie, widersprüchliches Handeln
 - Wieacker, Franz 1, 15, 44 f., 53 ff., 90, 114 f., 143, 169, 179, 181, 186, 212, 215, 220, 228, 249, 258 f., 325
 - Wietbölder, Rudolf 1, 10, 18, 32, 42, 45, 48, 56, 62, 83 f., 96, 111 f., 118, 133, 150, 152, 170, 325, 595, 600, 610, 615 f., 624 f.
 - Wille 233 ff., 308 ff., 557
 - black box 83, 286, 308 ff., 581
 - des Gesetzgebers 69, 86, 235, 534
 - s. auch Motiv, Zweck
 - wirtschaftliche Betrachtungsweise 306 ff.
 - Wirtschaftssystem 87, 259, 275, 208, 552, 598, 611 ff., 631, 635 ff., 645 f., 684 f., 692, 697 ff.
 - Witz 31, 66 f., 74, 300, 309
 - Wohlfahrt s. Effizienz
 - Wortlaut 25, 41, 60 ff., 109, 162, 172, 182, 183 ff., 194 f., 341 ff., 363, 366, 389, 415 f., 465, 472 ff., 517, 538 ff., 704

 - zirkuläre Gestaltungen 378, 485, 493, 556, 560, 562, 567 ff., 582, s. auch gegenläufige Gestaltungen, Tautologie
 - Zirkularität 20 (Fn. 68), 593, 634 ff.
 - Zuständigkeit
 - gerichtliche 58 ff., 232, 336, 431 ff., 464, 484, 538, 557
 - Regulierung 357, 470, 516 f., 561

- Zwang 64, 120, 272, 274, 591, 600f., 659, 694ff., s. auch Gewalt, Kontrahierungszwang
- Zwangslizenz 250f.
- Zwangsvollstreckung 163, 290ff., s. auch Haftungsverletzung, Insolvenz
- Zwecke
- Ambivalenzen/Widersprüche 233ff.
 - Grundfreiheiten 391 f., 530ff.
 - Kohärenz der Gemeinwohlverfolgung 448ff.
 - Verfahren 105ff.
 - s. auch Motiv, Normzweck, subjektive Merkmale, Wille
- Zwischengesellschaften 402ff., 513 (Fn. 806), 565